

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Active ageing e divieti di discriminazioni in base all'età: quali tutele per i lavoratori anziani dell'Unione europea?

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/155494> since

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

***Active ageing* e divieti di discriminazioni in base all'età:
quali tutele per i lavoratori anziani dell'Unione europea?**

di

Daniela Izzi

Paper for the Espanet Conference

**"Sfide alla cittadinanza e trasformazione dei corsi di vita:
precarietà, invecchiamento e migrazioni"**

Università degli Studi di Torino, Torino, 18 - 20 Settembre 2014

Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino
Campus Luigi Einaudi – Lungo Dora Siena 100 – 10153 Torino

daniela.izzi@unito.it

SOMMARIO: 1. *Active ageing* e prolungamento della vita lavorativa – 2. Il divieto europeo di discriminazioni per età a confronto coi diffusi meccanismi nazionali di pensionamento forzato – 2.1. Il morbido controllo della Corte di Giustizia sulla giustificazione dei limiti d'età posti al lavoro degli anziani – 2.2. Lo stringente sindacato giudiziale sull'esclusione dei lavoratori pensionabili dalle misure di sostegno al reimpiego – 3. Una chiave di lettura della giurisprudenza dell'Unione e il significato dell'approccio europeo al pensionamento coatto – 4. Il caso italiano fra innalzamento delle età pensionabili e misure per il «ricambio generazionale»

1. *Active ageing* e prolungamento della vita lavorativa

La circostanza che molti Stati dell'Unione europea si caratterizzino al tempo stesso per un marcato incremento delle aspettative di vita media e per un basso tasso di natalità, e siano quindi interessati da un processo d'invecchiamento demografico particolarmente accentuato¹, spiega le ripetute sollecitazioni che da svariati anni le autorità centrali hanno dedicato all'esigenza di accrescere la partecipazione degli anziani al mercato del lavoro, ritardandone l'uscita, in modo da garantire la sostenibilità nel lungo periodo dei sistemi di *welfare* nazionali, e *in primis* della spesa pensionistica². È soprattutto nell'ottica di questo imperativo economico, in effetti, che vanno letti i *targets* quantitativi fissati all'inizio del secolo con la strategia di Lisbona, che richiedeva il raggiungimento entro il 2010 di un tasso di occupazione dei lavoratori di età compresa fra i 55 e i 64 anni pari al 50%, e più di recente nella strategia *Europa 2020*, che ha fissato per il termine temporale esplicitato nel suo titolo il più generico obiettivo del 75% di soggetti occupati nella fascia d'età 20-64 anni. Entro la stessa cornice, d'altra parte, sono riconducibili gli interventi di slittamento dei traguardi pensionistici adottati negli ultimi lustri dalle diverse nazioni del vecchio continente, compresa com'è ben noto l'Italia³.

I problemi posti dal progressivo aumento del cosiddetto indice di dipendenza⁴, ad ogni modo, vanno collocati e affrontati entro una prospettiva più ampia, come le autorità dell'Unione hanno cercato di evidenziare puntando sulla costruzione di una «società per tutte le età»⁵ e, secondo

¹ V. in proposito i dati riportati nel rapporto Eurostat, *The greying of the baby boomers. A century-long view of ageing in European populations*, Lussemburgo, 2011, nonché in Eurofound, *Role of Governments and Social Partners in Keeping Older Workers in the Labour Market*, in www.eurofound.europa.eu, 2013.

² Sulla questione v. da ultimo Commissione Ue, *Libro bianco. Un'agenda dedicata a pensioni adeguate, sicure e sostenibili*, Bruxelles, Com (2012) 55 def. del 16 febbraio 2012.

³ Per un sintetico resoconto di tali riforme v. G. Reday-Mulvey, *Working beyond 60. Key policies and Practises in Europe*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2005, p. 49-54.

⁴ L'indice di dipendenza degli anziani è dato dal rapporto fra la popolazione che supera i 65 anni d'età e quella in età lavorativa (15-64 anni), moltiplicato per 100, e costituisce quindi una misura generale del "carico demografico" gravante sui più giovani.

⁵ V. Commissione delle Comunità europee, *Verso un'Europa di tutte le età*, Bruxelles, Com (1999) 221 def. del 21 maggio 1999, in particolare nelle sezioni finali.

quanto risulta dall'intitolazione dell'anno europeo 2012, sulla promozione dell'«invecchiamento attivo e della solidarietà fra le generazioni»⁶.

Il concetto di *active ageing*, messo a punto dall'Organizzazione Mondiale della Sanità per sottolineare lo stretto legame intercorrente tra il benessere psico-fisico degli anziani e le loro attività, presuppone il superamento dell'idea che il raggiungimento di una certa soglia anagrafica trasformi inevitabilmente le persone in consumatori passivi e avidi di risorse pubbliche, valorizzando al contrario le potenzialità che accompagnano la fase più avanzata dell'esistenza umana: come è stato efficacemente sintetizzato, «*extra years have been added to life, hence we now need to breath life into those additional years*»⁷. Per favorire questo cambiamento, evidentemente anche culturale, sono necessarie politiche di largo respiro, capaci di incidere sui diversi aspetti chiamati in causa (organizzazione del lavoro, formazione professionale, reddito, assistenza sanitaria e prevenzione di patologie, sensibilizzazione dell'opinione pubblica), secondo quell'approccio olistico già sperimentato con successo in alcuni paesi europei e accreditato anche a livello internazionale, come risulta dalle indicazioni fornite dall'Ocse e dall'Oil⁸.

Posto quindi che la sfida dell'invecchiamento attivo non può essere vinta giocando solo sul piano normativo, e tanto meno azionando l'unica leva rappresentata da riforme restrittive dei sistemi previdenziali nazionali, è tuttavia vero che il prolungamento della vita lavorativa costituisce un tassello chiave all'interno del mosaico di misure da adottare. L'obiettivo di trattenere in attività i lavoratori per un maggior numero di anni è conseguibile attraverso un insieme coordinato di interventi sui regimi pensionistici: accanto alla più scontata elevazione delle età stabilite per l'accesso alla pensione di vecchiaia, vengono infatti in rilievo i disincentivi ai prepensionamenti, ampiamente diffusi (anche) nel contesto europeo, e non solo nel passato meno prossimo⁹, tanto da rendere il contrasto all'*early retirement* un tema di centrale attenzione nell'ambito dell'Unione; oltre che, muovendosi in senso opposto seppure funzionalmente convergente, le misure

⁶ V. la decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 940/2011 del 14 settembre 2011 e l'opuscolo della Commissione, *Il contributo dell'Ue all'invecchiamento attivo e alla solidarietà fra le generazioni*, Lussemburgo, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2012.

⁷ Così, illustrando il cuore del concetto di *active ageing*, v. G. Reday-Mulvey, *Working beyond 60*, cit., p. 33.

⁸ In tal senso T. Treu, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *L'importanza di essere vecchi. Politiche attive per la terza età*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 23 s., che rimanda ad A. M. Ponzellini, *Le politiche per l'invecchiamento attivo in Europa*, ivi, p. 197, per indicazioni sulla vistosa divaricazione di risultati esistente tra i paesi che da tempo adottano programmi *comprehensive* (paesi nordici e Regno Unito) e gli altri. Sulle sensibili differenze intercorrenti tra gli Stati europei rispetto alle politiche di *active ageing* v. già C. Mandin, *Active ageing in Europe*, paper for the Espanet Conference 2004 (Oxford, 9th-11th september 2004).

⁹ Anche se certo con un'intensità particolarmente evidente negli anni settanta e ottanta del secolo scorso: sul ricorso ai prepensionamenti effettuato per lungo tempo in Italia come improprio strumento di politica occupazionale e di agevolazione dei processi riorganizzativi delle imprese v. V. Ferrante, *Invecchiamento attivo e prolungamento della vita lavorativa*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Napoli, Jovene, 2011, vol. III, pp. 1187-1189.

d'incoraggiamento alla prosecuzione del lavoro dopo il raggiungimento dell'età pensionabile, incardinate soprattutto ma non esclusivamente sul piano economico.

Sono d'altro canto tuttora vigenti, in particolar modo nel pubblico impiego e in relazione a specifiche occupazioni, meccanismi di cessazione obbligatoria del rapporto di lavoro al raggiungimento della prestabilita età pensionabile, che non lasciano evidentemente alcuno spazio alle scelte individuali di prolungamento della vita lavorativa¹⁰. Questi regimi di pensionamento forzato, non in linea con la spinta al differimento dell'uscita dal mercato del lavoro veicolata dalle politiche di *active ageing*, sono entrati in rotta di collisione con il divieto di discriminazioni basate sull'età in ambito lavorativo introdotto, certo anche in risposta alle preoccupazioni collegate alla prospettiva di un più massiccio coinvolgimento degli anziani nella popolazione economicamente attiva¹¹, dalla direttiva europea n. 2000/78. Ne è derivato un fitto confronto giurisprudenziale, sugli esiti e l'andamento del quale s'intende qui svolgere una riflessione prima di volgere l'attenzione all'orizzonte italiano delle politiche d'invecchiamento attivo.

2. Il divieto europeo di discriminazioni per età a confronto coi diffusi meccanismi nazionali di pensionamento forzato

Per nulla scontata e ultima arrivata tra le caratteristiche soggettive tutelate dal diritto antidiscriminatorio dell'Unione europea, l'età si è conquistata nel primo decennio di attuazione della direttiva 2000/78 l'incontrastato primato di fattore più controverso di differenziazione dei trattamenti tra lavoratori. Ben ventitré sono stati infatti sinora i casi in cui la Corte di giustizia si è trovata investita di domande concernenti in sostanza l'effettiva portata del divieto europeo di discriminazioni in base all'età¹²: divieto che si era presentato sin dall'inizio come l'anello più debole della catena protettiva costruita sul fondamento dell'art. 13 del TCE, guadagnandosi l'appellativo di «cenerentola» dei precetti antidiscriminatori per le speciali limitazioni da cui è

¹⁰ Dal rapporto di D. O'Dempsey, A. Beale, *Age and Employment, Report to the European Commission from the Network of Legal Experts in the non-discrimination field*, 2011 (ma riferito alla situazione del dicembre 2009), risulta che sono ben 24 su 29 gli Stati membri che contemplano il pensionamento obbligatorio nel settore pubblico e/o per specifiche professioni, mentre soltanto 6 quelli che lo dispongono nel settore privato.

¹¹ La particolare attenzione riservata agli anziani nell'elaborazione del divieto di discriminazioni per età, che pure è applicabile anche a tutela dei lavoratori giovani e di mezza età, traspare nitidamente dai considerando 8 e 25 della direttiva 2000/78.

¹² La densa sequenza giurisprudenziale è stata aperta dalla notissima sentenza *Mangold* (CGUE 22 novembre 2005, causa C-144/04) ed ha avuto la sua ultima manifestazione, assumendo a riferimento la data del 31 agosto 2014, nel caso *Specht* (CGUE 19 giugno 2014, cause riunite da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12). La ricchezza di questo filone colpisce sia di per sé che a confronto con la più modesta elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in relazione agli altri fattori considerati dalla direttiva 2000/78 (religione e convinzioni personali, disabilità, orientamento sessuale) e dalla quasi gemella direttiva 2000/43 (razza ed etnia). Per l'indicazione dei gruppi di materie su cui verte la ventina di sentenze rese dalla Corte di Giustizia v. T. Gyulavári, *Age discrimination: recent case law of the European Court of Justice*, in *ERA Forum*, 2013, p. 378-380.

accompagnato, prima tra cui l'ammissibilità di giustificazioni con riguardo a presunte discriminazioni non solo indirette ma anche dirette¹³.

Nell'ambito di questo nutrito *corpus* giurisprudenziale uno spazio molto consistente è stato occupato dal problema dell'estinzione involontaria del rapporto di lavoro collegata al pensionamento, attorno al quale gravita quasi la metà dei casi affrontati dalla Corte di giustizia¹⁴ – per l'esattezza undici su ventitré – e che ha ricevuto specifica attenzione anche da parte della dottrina europea¹⁵. Dietro a tale questione stanno le contestazioni avanzate da lavoratori anziani di diversi Stati nei confronti dei meccanismi di pensionamento forzato di varia natura ad essi applicabili: per lo più regole di fonte legale o contrattual-collettiva che prevedono la risoluzione automatica del contratto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile, oppure regimi di licenziabilità *ad nutum* dei lavoratori che possono accedere ai trattamenti previdenziali di vecchiaia; ma talvolta anche misure che ostacolano sul piano economico la scelta, pure resa teoricamente praticabile dalla legislazione nazionale, di non terminare la vita lavorativa all'avvenuto conseguimento dei requisiti pensionistici.

Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di simili previsioni col divieto di discriminazioni per età risultante dalla direttiva 2000/78, e in particolare a valutare la ricorrenza di giustificazioni atte a legittimare i trattamenti differenziati collegati all'avanzata età dei lavoratori¹⁶, la Corte di giustizia ha adottato generalmente parametri di controllo leggeri, rinunciando a mettere in discussione le finalità perseguite dagli Stati membri e limitandosi ad esercitare un morbidico sindacato sulla proporzionalità dei mezzi adoperati per conseguirle, così da escludere quasi sempre l'esistenza di un contrasto con le norme dell'Unione europea. In questo specifico terreno applicativo riceve quindi piena conferma, oltre che rinnovata linfa, il rilievo formulato in dottrina in via

¹³ Così D. Izzì, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, p. 388, cui si rimanda per l'illustrazione dei punti deboli di tale divieto.

¹⁴ CGUE 16 ottobre 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa*; CGUE 5 marzo 2009, causa C-388/07, *Age Concern England*; CGUE 12 gennaio 2010, causa C-341/08, *Petersen*; CGUE 12 ottobre 2010, causa C-499/08, *Andersen*; CGUE 12 ottobre 2010, causa C-45/09, *Rosenbladt*; CGUE 18 novembre 2010, cause riunite C-250/09 e C-268/09, *Georgiev*; CGUE 21 luglio 2011, cause riunite C-159/10 e C-160/10, *Fuchs e Köhler*; CGUE 13 settembre 2011, causa C-447/09, *Prigge*; CGUE 5 luglio 2012, causa C-141/11, *Hörnfeldt*; CGUE 6 novembre 2012, causa C-286/12, *Commissione europea v. Ungheria*; CGUE 26 settembre 2013, causa C-546/11, *Dansk Jurist*.

¹⁵ V., già all'indomani dell'adozione della direttiva 2000/78, M. Sargeant, *Mandatory retirement and age discrimination*, in *Empl. Rel.*, 2004, p. 151 ss.; tra i primi contributi stimolati dalla giurisprudenza europea v. invece M.d.S. Herraiz Martín, *La jubilación forzosa. Un análisis comparado de los derechos español y francés*, in *RL*, 2010, n. 5, p. 99 ss., M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *LD*, 2011, p. 141 ss. e M. Schlachter, *Mandatory retirement and age discrimination under EU law*, in *IJCLIR*, 2011, p. 287 ss.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 6.1 di tale direttiva, infatti, «gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari». A detta statuizione fa seguito un nutrito elenco, comunque puramente esemplificativo, di trattamenti differenziati per età non aventi carattere discriminatorio.

generale, non senza accenti critici, di un'interpretazione tutt'altro che rigorosa del divieto di discriminazioni per età da parte dei giudici europei¹⁷.

L'indifferenza manifestata dalla Corte nei confronti delle istanze avanzate dai «pensionati recalcitranti»¹⁸ conosce tuttavia qualche rara ma assai vistosa eccezione. Accanto alle ricorrenti sentenze che respingono con fermezza il tentativo di contrastare, mediante una stringente lettura del paradigma antidiscriminatorio, le regole che in vario modo impongono la cessazione dell'impiego al raggiungimento di una certa età, senza manifestare cedimenti neppure di fronte alla prospettiva dei lavoratori anziani di accedere col pensionamento ad un'assai modesta e insufficiente prestazione previdenziale (v. *infra*, § 2.1.), non mancano infatti isolate pronunce che, in forza del medesimo paradigma, assecondano le aspirazioni di prolungamento della vita lavorativa di dipendenti per i quali il rinvio del traguardo pensionistico, contemplato dal regime nazionale in sintonia con il programma d'invecchiamento attivo, è funzionale al miglioramento di posizioni previdenziali già economicamente accettabili (v. *infra*, § 2.2.).

Un esame ravvicinato di quest'articolata giurisprudenza, a prima vista inspiegabilmente oscillante e non priva di contraddizioni, si rende necessario per comprendere le ragioni delle divergenti valutazioni compiute dalla Corte di giustizia, dosando con generosità (per lo più) o in termini severi (qualche volta) il proprio scrutinio sul rispetto del principio di proporzionalità nella giustificazione delle differenziazioni di trattamento basate sull'età.

2.1. Il morbido controllo della Corte di Giustizia sulla giustificazione dei limiti d'età posti al lavoro degli anziani

Sebbene la direttiva 2000/78 lasci «impregiudicate le disposizioni nazionali che stabiliscono l'età pensionabile»¹⁹ e non ricomprenda l'ambito previdenziale entro il suo raggio d'applicazione (limitato alla sfera lavorativa), è l'incidenza dei regimi di pensionamento obbligatorio sulle condizioni di cessazione dei rapporti di lavoro a determinare la loro inevitabile interferenza con il divieto di discriminazioni per età ivi stabilito.

¹⁷ V., tra le tante voci in questo senso, C. Kilpatrick, *The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture*, in *Ind. Law Journ.*, 2011, p. 280 ss.; V. Papa, *Il fattore new comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 85/2010, pp. 5-7; D. Schieck, *Age discrimination before the ECJ – Conceptual and theoretical issues*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2011, p. 793 ss.

¹⁸ Secondo l'efficace espressione utilizzata (già nel titolo del suo scritto) da M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti*, cit.

¹⁹ Come viene puntualizzato nel suo quattordicesimo considerando.

Tale divieto, come risulta dall'art. 6.1. della direttiva, non contrasta tutte le disparità di trattamento nel lavoro fondate sull'età ma solo quelle che non siano oggettivamente giustificate da finalità legittime di politica dell'occupazione, mercato del lavoro e formazione del lavoro, perseguite con mezzi appropriati e necessari. È dunque dalla giustificabilità dei trattamenti differenziati riservati a lavoratori di età diverse che dipende la portata legittima oppure discriminatoria degli stessi. Proprio su questo delicato punto, non a caso, si è concentrata l'elaborazione della Corte di giustizia, tutta racchiusa entro la distanza che passa tra la prevalenza riconosciuta, a seconda delle circostanze, all'una o all'altra delle due speculari ma contrapposte facce della questione: l'ampio margine di valutazione discrezionale di cui dispongono gli Stati membri nella scelta degli obiettivi di politica sociale da perseguire e delle misure da adottare in funzione degli stessi, da un canto²⁰; l'esigenza che tale discrezionalità non finisca per «svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in base all'età», consentendo che «semplici affermazioni generiche» fungano da giustificazione delle disparità a danno degli anziani, dall'altro²¹.

Nonostante il richiamo effettuato da alcune sentenze al diritto di lavorare sancito dall'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²², richiamo che avrebbe potuto giocare sul piano interpretativo a rafforzamento delle istanze di prosecuzione del lavoro avanzate dai pensionati recalcitranti, spingendo quindi verso una lettura più rigorosa dei termini di giustificabilità dei meccanismi di cessazione obbligatoria dell'impiego al raggiungimento di una certa età, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è il primo dei due contrapposti aspetti ad essere prevalso, insieme al *self-restraint* giudiziale nel sindacato sulle finalità prefissate dai legislatori nazionali e sui mezzi scelti per conseguirle.

Ciò emerge con chiarezza dall'analisi, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo, degli esiti della giurisprudenza in questione. Nell'ambito delle già richiamate undici pronunce rese dalla Corte in relazione a regimi nazionali di pensionamento forzato, riducibili peraltro a nove se, come si farà in questa sede, si considerano a parte quelle occasionate da licenziamenti slegati dalla maturazione dei requisiti pensionistici, ma accompagnati da penalizzazioni proprio in ragione di tale situazione (v. *infra*, § 2.2), solo un paio e davvero inevitabili, data la manifesta incongruità delle misure sotto accusa, sono stati infatti i verdetti di non conformità con il divieto europeo di discriminazioni per

²⁰ Per la spiccata valorizzazione di questo margine v. ad esempio *Palacios de la Villa*, cit., punti 68-69.

²¹ Quest'esigenza è stata evidenziata al meglio nella sentenza *Age Concern England*, cit., punto 51.

²² V. per tale richiamo le pronunce *Fuchs e Köhler*, cit., punti 62-64 e *Hörnfeldt*, cit., punto 37.

età: entrambi emessi, tra l'altro, con riguardo a discipline non aventi carattere generale ma concernenti professioni specifiche²³.

Si fa riferimento in primo luogo, perché di maggior interesse ai fini del discorso complessivo che si sta conducendo, al procedimento d'infrazione *Commissione contro Ungheria*, nel quale la scomposta iniziativa legislativa che aveva determinato l'abbassamento pressoché immediato e molto significativo dell'età stabilita per il pensionamento d'ufficio di giudici, procuratori e notai – età destinata a scendere da 70 a 62 anni senza alcuna progressività e con appena qualche mese di preavviso – è caduta sotto la scure della Corte di Giustizia per l'evidente mancanza del requisito di proporzionalità, riscontrandosi qui il carattere non solo non necessario ma neppure appropriato della misura predisposta. Ma rileva anche la causa *Prigge*, ove neppure le esimenti legali della sicurezza pubblica e del legittimo ricorso ai requisiti essenziali e determinanti per lo svolgimento di un'attività lavorativa sono valse a salvare dalla censura la contestata clausola del contratto collettivo aziendale che fissava a 60 anni l'età alla quale i piloti sono considerati non più in possesso delle capacità fisiche necessarie per esercitare il loro lavoro, mentre sia la normativa vigente in Germania che quella internazionale fissano tale soglia a 65 anni.

Al di là di questi due casi, ed eccezion fatta per le due pronunce riguardanti pensionamenti in occasione di espulsioni dei lavoratori dall'impresa per riduzione di personale (di cui si tratterà *infra*, § 2.2), la Corte ha ritenuto giustificati i controversi meccanismi di cessazione obbligatoria del lavoro per l'avvenuta maturazione dei requisiti pensionistici, ravvisando il rispetto del principio di proporzionalità anche in situazioni caratterizzate da un pesante sacrificio delle posizioni economiche individuali come quelle emerse nelle sentenze *Rosenbladt* e *Hörnfeldt*, che testimoniano in maniera esemplare la larghezza del filtro adoperato dai giudici europei nel valutare l'adeguatezza e la necessità dei mezzi predisposti dagli ordinamenti nazionali per il conseguimento dei propri obiettivi di politica sociale.

Prima di prendere in esame l'appena evocato criterio di proporzionalità, ad ogni modo, va dato conto dell'atteggiamento quasi astensionistico adottato dalla Corte di Giustizia rispetto al controllo preliminare incardinato sulle finalità legittime perseguite dai legislatori degli Stati membri. La Corte, infatti, non si è qui spinta oltre la pur importante precisazione circa la sicura connotazione politico-sociale di tali finalità, «diverse dai motivi puramente individuali propri della situazione del

²³ Su professioni specifiche vertono cinque degli undici casi giunti all'attenzione dei giudici europei: il caso *Petersen*, ove viene in rilievo la professione di dentista convenzionato con il servizio sanitario tedesco; il caso *Georgiev*, concernente un professore universitario bulgaro; il caso *Fuchs e Köhler*, riguardante i procuratori presso i tribunali tedeschi; il caso *Prigge*, sulla professione di pilota di aeromobile (presso la compagnia aerea Lufthansa); il delicato caso *Commissione c. Ungheria*, relativo alle professioni di giudice, procuratore e notaio. Per gli estremi di tutte le pronunce qui richiamate (in ordine cronologico) si rimanda alla nota 14.

datore di lavoro, come la riduzione dei costi o il miglioramento della competitività»²⁴, e l'esclusione della possibilità che esse si esauriscano in generali «considerazioni di bilancio»²⁵, limitandosi a prendere atto dei vari obiettivi indicati dai governi nazionali a giustificazione delle regole di pensionamento coatto al raggiungimento di una certa età, senza dare alcun seguito neppure ai dubbi sulla loro congruità sollevati talvolta dagli stessi giudici remittenti.

Vengono in rilievo a questo proposito finalità diverse, per lo più concorrenti tra loro, come quella di evitare licenziamenti umilianti degli anziani basati su specifici giudizi individuali di sopravvenuta inidoneità al lavoro, quella di prevenire le eventuali controversie legate ad una cessazione non automatica e prestabilita del rapporto lavorativo, quella di effettuare una pianificazione anagraficamente ordinata della gestione del personale nonché, con riferimento ad impieghi nel settore pubblico, quelle di realizzare risparmi di bilancio o di uniformare le età di pensionamento valevoli per distinte categorie di dipendenti. È però senza dubbio l'obiettivo di garantire l'equilibrata ripartizione delle possibilità di occupazione tra le generazioni e di favorire l'accesso al lavoro dei giovani a dominare la scena, ricorrendo in prima battuta in quasi tutte le argomentazioni difensive avanzate dagli Stati membri (sicuramente con riguardo a discipline sul collocamento a riposo d'ufficio dei dipendenti pubblici, ma non solo): nonostante la sua contestata fondatezza scientifica e alcuni riscontri empirici deponenti in senso contrario²⁶, la semplicistica idea che comprimere le opportunità di lavoro degli anziani serva in qualunque settore a promuovere le assunzioni dei giovani trova perciò tuttora largo consenso presso i governi nazionali ed è accolta senza obiezioni dalla Corte di Giustizia.

La latitanza giudiziale nel controllo sulle finalità legittimanti i trattamenti sfavorevoli riservati ai lavoratori anziani è compensata solo debolmente, come si è già anticipato e sarà chiarito meglio tra breve, dall'esercizio del sindacato sulla proporzionalità delle misure adottate per conseguirle.

In proposito va osservato che il principale rilievo formulato per escludere la portata discriminatoria dei sistemi di cessazione del lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile è quello incentrato sulla circostanza, certamente non trascurabile, che solo i lavoratori arrivati ad una certa soglia anagrafica possono godere della prestazione sostitutiva del reddito professionale rappresentata appunto dalla pensione: la quale tuttavia, com'è evidente, può assolvere tale funzione

²⁴ Così in *Age Concern England*, cit., punto 46.

²⁵ V. *Fuchs e Köhler*, cit., punto 74.

²⁶ V. in proposito, anche per il rinvio ai dati dell'Ocse attestanti la parallela crescita dell'occupazione di giovani e anziani registratasi in contesti economicamente favorevoli, M. Hartlapp, G. Schmid, *Labour Market Policy for 'Active Ageing' in Europe: Expanding the Options for Retirement Transitions*, in *Journ. of Soc. Policy*, 2008, p. 429; nella dottrina giuridica v. tra i primi S. Fredman, *The Age of Equality*, in S. Fredman, S. Spencer (eds.), *Age as an Equality Issue. Legal and Policy Perspectives*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2003, p. 27. Sulla questione si tornerà brevemente nel § 4.

sostitutiva solo ove soddisfi certi standard quantitativi. Dopo un iniziale riferimento al «livello non ... irragionevole» della prestazione previdenziale²⁷ che aveva lasciato supporre l'intenzione della Corte di Giustizia di tener conto di quest'elemento nelle sue valutazioni in punto di proporzionalità, una secca smentita è arrivata in proposito con le decisioni *Rosenblatt* e *Hörnfeldt*²⁸, segnate dall'indifferenza verso la questione della sufficienza e adeguatezza della pensione erogabile ai pensionati recalcitranti protagonisti dei due casi: in *Rosenblatt* un'addetta alle pulizie sessantacinquenne titolare da lunga data di un contratto di lavoro *part-time* per un orario molto ridotto, costretta a ritirarsi dal lavoro dalle clausole di cessazione automatica dell'impiego al raggiungimento dell'età pensionabile contemplate, su autorizzazione del legislatore tedesco, dal contratto collettivo del settore; in *Hörnfeldt* un impiegato postale sessantasettenne che solo negli ultimi anni di lavoro era riuscito ad ottenere un contratto di lavoro a tempo indeterminato per un orario non più minimale come quello precedentemente osservato, e che quindi avrebbe tratto un significativo beneficio, in termini previdenziali, dalla continuazione della sua attività, impedita però dalla scelta del legislatore svedese di garantire fino al compimento dei 67 anni d'età, ma non oltre, il diritto dei dipendenti di lavorare senza incorrere in licenziamenti per pensionabilità. In simili situazioni, senza lasciarsi condizionare dai problemi economici ben evidenziati nelle ordinanze di rimessione dei giudici *a quo*²⁹, la Corte ritiene che la possibilità degli interessati di trovare una nuova occupazione, magari stipulando con lo stesso datore di lavoro un contratto a termine e comunque beneficiando della persistente copertura offerta dal divieto di discriminazioni per età, spinga a sciogliere in termini positivi il riscontro sulla proporzionalità delle misure considerate³⁰: come se tra l'astratta teoria e le reali dinamiche del mercato del lavoro, che conoscono preoccupanti percentuali di *part-timers* involontari e processi di ricollocazione dei lavoratori anziani generalmente molto problematici, non esistesse una profonda distanza.

Un altro elemento valorizzato dalla Corte a sostegno della proporzionalità delle disposizioni scrutinate, in *Rosenblatt* come già nella sentenza *Palacios de la Villa* (inaugurale della serie qui esaminata), è l'opportuna flessibilità nell'applicazione del meccanismo del pensionamento obbligatorio che deriverebbe dal fondamento contrattual-collettivo – e quindi in qualche misura volontario – del medesimo³¹. Una particolare benevolenza finisce così per accompagnare il

²⁷ In *Palacios de la Villa*, cit., punto 73.

²⁸ Per i cui estremi si rimanda alla nota 14.

²⁹ Come emerge dalla motivazione della sentenza *Rosenblatt*, cit., punto 71, il giudice tedesco aveva infatti rimarcato che il settore delle pulizie industriali è caratterizzato da lavori scarsamente retribuiti e a tempo parziale, con la conseguenza che le pensioni erogate dal regime previdenziale legale non consentirebbero a molti lavoratori di far fronte alle loro necessità vitali. Sulle considerazioni svolte dal giudice svedese v. *Hörnfeldt*, cit., punti 35-36.

³⁰ In tal senso *Rosenblatt*, cit., punti 74-75 e *Hörnfeldt*, cit., punti 40-41 e 44-45.

³¹ V. *Palacios de la Villa*, cit., punto 74; *Rosenblatt*, cit., punto 49. Per una non condivisibile lettura dell'accentuazione ricevuta in sede giurisprudenziale da volontarietà e flessibilità, che parrebbe preludere ad un cambiamento di rotta della

controllo sulle regole differenziate in base all'età prodotte dall'autonomia collettiva: il che, tenuto conto dei numerosi precedenti giurisprudenziali riguardanti discriminazioni di genere di fonte collettiva, suscita almeno qualche perplessità, come è già stato messo efficacemente in luce con la descrizione del contratto collettivo quale cuculo abbandonato nel nido della tutela antidiscriminatoria³².

2.2. Lo stringente sindacato giudiziale sull'esclusione dei lavoratori pensionabili dalle misure di sostegno al reimpiego

Un capitolo a sé stante della storia originata dalle iniziative giudiziali dei pensionati recalcitranti viene scritto dalla Corte di Giustizia con le sentenze *Andersen* e *Dansk Jurist*³³, nelle quali lo scrutinio sulle giustificazioni dedotte per escludere la violazione del divieto di discriminazioni per età, e in particolare sulla proporzionalità delle misure contestate, è condotto in modo sorvegliato e rigoroso, conducendo in entrambi i casi ad un verdetto di segno negativo che impone l'introduzione di modifiche in alcuni snodi del meccanismo di gestione del personale eccedentario di età avanzata costruito dal legislatore danese.

In *Andersen* e *Dansk Jurist*, diversamente dal nutrito gruppo di casi già considerato (nel § 2.1.), a finire sotto accusa non sono regimi di pensionamento d'ufficio o comunque di cessazione dell'impiego al raggiungimento di una data soglia anagrafica, ma regole di diverso tipo che negano anche ai lavoratori che potrebbero accedere alla pensione di vecchiaia, e non solo a quelli che effettivamente vi accedono, il godimento di indennità destinate a compensare l'avvenuta perdita del posto di lavoro e a sostenere dal punto di vista economico il passaggio ad una nuova occupazione, col risultato di costringere così gli interessati ad optare in concreto per quella strada pensionistica pur presentata in astratto come largamente differibile.

I due casi, pur riguardando entrambi dipendenti pubblici intenzionati a proseguire la propria vita lavorativa nonostante il licenziamento per ragioni organizzative subito dopo decenni di servizio presso amministrazioni territoriali danesi, differiscono tra loro per aspetti non marginali: in *Andersen*, infatti, un impiegato sessantatreenne, in condizioni anagrafiche tali da poter fruire solo della pensione di vecchiaia anticipata prevista dal regime previdenziale privato finanziato dal suo datore di lavoro, rivendica un'indennità di licenziamento volta a sostenere i lavoratori meno giovani

Corte rispetto ai pensionamenti obbligatori, v. E. Dewhurst, *The development of EU Case-Law on Age Discrimination in Employment: 'Will You Still Need Me? Will You Still Feed Me? When I'm Sixty-Four'*, in *ELJ*, 2013, p. 538 s.

³² V. C. Kilpatrick, *The Court of Justice and Labour Law in 2010*, cit., p. 287, secondo cui «*agreed measures as procedural proportionality are a cuckoo in the nest of discrimination protection*».

³³ Per i cui estremi si rimanda alla nota 14.

nella difficile fase della ricollocazione, indennità il cui importo, pur crescente in relazione all'anzianità di servizio individuale, è comunque contenuto (pari al massimo a tre mensilità di retribuzione); mentre nel successivo procedimento *Dansk Jurist* un ultrasessantacinquenne desideroso di lavorare sino al limite massimo d'età previsto dall'ordinamento danese (all'epoca dei fatti 70 anni, ma ormai 75 anni) e di rinviare sino a quel momento il traguardo pensionistico (tagliabile in via ordinaria a 65) contesta la mancata corresponsione a suo favore dell'indennità di disponibilità garantita per tre anni agli impiegati pubblici rimasti senza lavoro, al duplice fine di agevolarne il consenso alla riassegnazione ad un altro posto vacante nell'ambito dell'amministrazione e di assicurarne l'indipendenza da pressioni esterne.

Senza lasciarsi influenzare dalla ben più elevata posta in gioco nel caso *Dansk Jurist*, tuttavia, a distanza di tre anni dal precedente *Andersen* la Corte di Giustizia conferma il già espresso giudizio di non conformità col divieto europeo di discriminazioni per età di normative che, escludendo lavoratori pubblici in condizioni di pensionabilità dal godimento di indennità economiche destinate a sostenerne il reimpiego o la ripresa della carriera professionale, li costringono di fatto ad accettare pensioni di vecchiaia d'importo più ridotto rispetto a quello che avrebbero ottenuto restando in attività fino ad età più avanzate, con la conseguenza di «una significativa perdita di reddito a lungo termine»³⁴. La condanna verso il sostanziale regime di prepensionamento forzato emerso in *Andersen* è ripetuta quindi in *Dansk Jurist* a fronte di situazioni di pensionabilità matura, ma comunque non desiderata³⁵, materializzatesi nel contesto di un ordinamento che, come quello danese, consente la permanenza al lavoro dei dipendenti pubblici per addirittura dieci anni dopo il raggiungimento dell'età pensionabile (cioè per il periodo compreso, appunto, tra i 65 e i 75 anni).

Ad impedire l'esito positivo del controllo di proporzionalità delle regole contestate, nonostante le diverse plausibili ragioni dedotte a giustificazione del trattamento meno favorevole riservato ai dipendenti più avanti negli anni³⁶, è la mancata distinzione normativa tra i lavoratori pensionabili e i lavoratori effettivamente pensionati: una distinzione su cui la Corte di Giustizia, nell'epoca del tanto propagandato invecchiamento attivo e dei conseguenti corollari politici di contrasto ai

³⁴ V. in tal senso *Andersen*, cit., punti 43-46 (da quest'ultimo è tratta la breve citazione riportata nel testo) e *Dansk Jurist*, cit., punti 65-68.

³⁵ La volontà di proseguire la carriera professionale all'interno dell'amministrazione pubblica dopo il raggiungimento della soglia anagrafica stabilita per il pensionamento (cioè oltre il 65° anno d'età) può trovare origine in considerazioni economiche, in particolare – come si osserva in *Dansk Jurist*, cit., punto 68 – nel caso in cui i dipendenti in questione «non abbiano versato contributi per un numero di anni sufficiente a fruire della loro pensione a tasso completo».

³⁶ L'esclusione dei dipendenti pensionabili dalle indennità di sostegno al reimpiego è stata infatti motivata, oltre che con la non congruente constatazione della generale tendenza al pensionamento dei lavoratori anziani in condizioni di accedervi (v. *Andersen*, cit., punto 44), con l'intenzione di prevenire eventuali abusi determinati dal cumulo di tali indennità con le prestazioni previdenziali (v. *Andersen*, cit., punti 34 e 39, e *Dansk Jurist*, cit., punti 49 e 57) e con la maggior gravità del problema della perdita dell'occupazione per quanti non possono disporre di un reddito sostitutivo stabile e duraturo come quello pensionistico (v. *Dansk Jurist*, cit., punti 49 e 55).

pensionamenti precoci e di incentivo al lavoro dopo il superamento dell'età pensionabile, non s'è evidentemente sentita di chiudere un occhio.

Certo la sensibilità mostrata dai giudici europei nei confronti dell'importo delle pensioni di vecchiaia spettanti a lavoratori con buoni stipendi e una non breve vita lavorativa pregressa, come quelli protagonisti dei casi *Andersen* e *Dansk Jurist*, colpisce se messa a confronto con l'indifferenza manifestata verso lo stesso problema, postosi però in termini socialmente più preoccupanti, nelle sentenze *Rosenbladt* e *Hörnfeldt* (v. *supra*, § 2.1.). Per comprendere i motivi di arresti giurisprudenziali all'apparenza così profondamente distonici tra loro occorre considerare con attenzione le non trascurabili differenze delle discipline venute in esame nei due gruppi di ipotesi e il maggiore o minor grado di interferenza spiegato dal divieto di discriminazioni in base all'età sul complessivo assetto dei sistemi previdenziali e del lavoro nazionali (v. *infra*, § 3.).

Ben chiara è comunque sin d'ora la netta presa di posizione della Corte contro gli ostacoli all'effettiva possibilità di continuare a lavorare frapposti ai lavoratori anziani da Stati che (com'è accaduto in Danimarca) hanno scelto di promuovere l'invecchiamento attivo distinguendo espressamente l'età pensionabile (65 anni) dall'età del pensionamento d'ufficio (75 anni).

Il fatto che dietro a giudizi severi come quelli espressi in *Andersen* e *Dansk Jurist* stia l'intenzione della Corte di Giustizia di assecondare al massimo le politiche di *active ageing* abbracciate dai legislatori nazionali non pare del resto smentito dal più morbido atteggiamento da essa assunto nel diverso eppure per alcuni aspetti analogo caso *Odar*³⁷. Qui la Corte ha ritenuto non discriminatorio in base all'età il piano di previdenza sociale concordato in sede aziendale che stabiliva per i lavoratori prossimi al pensionamento (per l'esattezza per gli ultracinquantaquattrenni) un metodo di calcolo dell'indennità di liquidazione dovuta dall'impresa tedesca in ipotesi di licenziamento collettivo meno vantaggioso rispetto a quello generalmente applicato (perché riferito alla prima data utile per l'accesso alla pensione), legittimando il trattamento sfavorevole degli anziani in considerazione delle maggiori perdite future gravanti sui giovani colpiti dal licenziamento e del carattere limitato delle risorse aziendali da destinare alla funzione di sostegno alla transizione assoluta dalla controversa indennità³⁸. Le valutazioni così compiute sono state infatti probabilmente influenzate dalla circostanza che, diversamente dai due casi danesi, in *Odar* la pretesa azionata con l'ausilio del diritto antidiscriminatorio fosse avanzata dal dipendente di un'impresa privata anziché da impiegati pubblici e non ruotasse intorno all'agognato

³⁷ CGUE 6 dicembre 2012, causa C-152/11, *Odar*, nel quale per la prima volta i giudici europei si sono dovuti confrontare con un'ipotesi di discriminazione multipla, essendo stata ivi dedotta, accanto a quella per età, anche una discriminazione basata sull'handicap, poi effettivamente riconosciuta dalla sentenza d'interpretazione pregiudiziale.

³⁸ Così *Odar*, cit., punti 40 e 41.

prolungamento della vita lavorativa ma avesse natura schiettamente economica. L'avallo fornito dalla Corte di Giustizia alla compromissoria soluzione adottata in via collettiva a fronte di un inevitabile provvedimento aziendale di riduzione del personale non è perciò entrato qui in diretta rotta di collisione con scelte legislative nazionali di promozione dell'invecchiamento attivo.

3. Una chiave di lettura della giurisprudenza dell'Unione e il significato dell'approccio europeo al pensionamento coatto

Il convinto sostegno fornito dalla Corte di Giustizia alle istanze di prosecuzione dell'attività lavorativa avanzate dagli anziani danesi protagonisti dei casi *Andersen* e *Dansk Jurist* (v. *supra*, § 2.2.) appare contraddire, almeno a prima vista, la sua reiterata indisponibilità ad assecondare le contestazioni ai meccanismi di cessazione forzata dell'impiego dei lavoratori pensionabili, condotte da più parti alla luce del divieto di discriminazioni per età sancito dalla direttiva 2000/78. Difficile da spiegare, in particolare, è la fermezza con cui tali contestazioni sono state respinte anche laddove, come nei casi *Rosenbladt* e *Hörnfeldt* (v. *supra*, § 2.1.), l'involontario pensionamento comportava pesanti ripercussioni economiche a carico dei dipendenti interessati, aventi alle spalle storie lavorative (e retributive) assai meno soddisfacenti e rassicuranti di quelle dei due impiegati danesi, e per i quali dunque la garanzia dell'accesso alle prestazioni previdenziali finiva per rappresentare in concreto un problema.

Il raffronto tra i divergenti esiti delle coppie di pronunce appena richiamate mostra come la Corte di Giustizia disconosca una funzione schiettamente redistributiva al principio di non discriminazione in base all'età, sul quale non possono trovare appoggio le pur legittime aspirazioni di correzione degli squilibri presenti nei mercati del lavoro e nei regimi nazionali di sicurezza sociale. La chiave di lettura che consente di comprendere verdetti apparentemente lontani e contraddittori tra loro quali quelli illustrati è invece la deliberata intenzione della Corte di rispettare le scelte compiute dagli Stati membri nella definizione dei propri sistemi di *welfare* e nell'adesione, più o meno decisa, alle strategie di promozione dell'invecchiamento attivo. Considerata la mancanza di competenza dell'Unione circa la determinazione dell'età pensionabile dei lavoratori e, più in generale, circa l'impostazione dei regimi previdenziali nazionali, i giudici di Lussemburgo interpretano perciò il divieto europeo di discriminazioni per età con un *self-restraint* che impedisce in sostanza il sovvertimento delle regole vigenti nei vari ordinamenti sul passaggio degli anziani dalla vita lavorativa a quella "diversamente attiva": almeno in questo specifico ambito, quindi, il diritto antidiscriminatorio non pare affatto assumere quel ruolo di "grimaldello" capace di

scardinare la ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri delineata dai Trattati riconosciutogli da alcuni studiosi³⁹.

Le sentenze *Andersen* e *Dansk Jurist* testimoniano in effetti che, a fronte di sistemi nazionali all'avanguardia nell'attuazione delle politiche di *active ageing* e più in generale di promozione dell'occupazione come quello danese, ove è garantita la possibilità dei dipendenti pubblici di continuare a lavorare addirittura per un decennio dopo il raggiungimento dell'età pensionabile e ove sono previste generose misure di sostegno al reimpiego dei lavoratori espulsi per riduzione del personale, la Corte di Giustizia non si astiene dal censurare, in forza di un'intransigente lettura del divieto di discriminazioni basate sull'età, le situazioni di pensionamento coatto derivanti da previsioni non coerenti con il complessivo assetto dell'ordinamento in questione. Quando invece tale assetto non contempla forme di tutela delle aspirazioni di prosecuzione della vita lavorativa dei lavoratori pensionabili, come nel regime tedesco controverso in *Rosenblatt*, oppure le contempla in misura limitata, come in quello svedese al centro della sentenza *Hörnfeldt*, la Corte evita accuratamente d'interferire con gli equilibri interni di politica sociale, rinunciando ad esercitare un controllo penetrante e invasivo in virtù del diritto antidiscriminatorio.

Ai giudici dell'Unione europea, oltre tutto, non sembra mancare la consapevolezza della confusa anarchia regolativa che discenderebbe da loro eventuali decisioni di segno opposto, inevitabilmente destinate a stimolare contestazioni nei confronti di qualunque limite anagrafico fissato alla possibilità degli anziani di preferire alla pensione la continuazione della propria carriera lavorativa. Tale rischio emerge del resto con chiarezza nella causa *Hörnfeldt*, ove ad essere messa sotto accusa per discriminazione era la regola svedese del pensionamento obbligatorio a 67 anni, introdotta all'inizio del nuovo secolo anche per consentire ai lavoratori ammessi alla pensione con il compimento dei 65 anni d'età di migliorare l'importo della stessa rinviandone il godimento per un biennio: periodo che risultava però troppo breve per compensare le sfortunate sorti lavorative dell'impiegato postale ricorrente nel giudizio *a quo*. Riconoscere la portata discriminatoria dei limiti d'età stabiliti per l'operatività delle tutele dell'occupazione significherebbe perciò aprire la strada alla completa individualizzazione dei percorsi di uscita dal lavoro e ai problemi di sostenibilità gestionale che accompagnerebbero simile sistema: problemi rispetto ai quali la Corte di

³⁹ Nella dottrina giuridica italiana *in primis* da M. Barbera, *Introduzione*, in Ead. (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. XLII ss., che sviluppa una tesi non rimasta isolata, sulla quale ho peraltro già avuto occasione di esprimere le mie perplessità: v. D. Izzi, *La Corte di Giustizia e le discriminazioni per età: scelte di metodo e di merito*, in *RGL*, 2012, I, pp. 130-132 e 139-141.

Giustizia non si mostra indifferente, come si evince dall'attenzione dedicatavi nella motivazione della sentenza *Dansk Jurist*⁴⁰.

La Corte si astiene dunque da interpretazioni del divieto di discriminazioni per età che determinerebbero repentine e imprevedute forzature delle evoluzioni normative in corso negli Stati membri, respingendo espressamente nella pronuncia *Fuchs e Köhler* anche l'idea che regimi di pensionamento obbligatorio ad una data età non possano coesistere con disposizioni volte a frenare le uscite dal lavoro prima di tale età (ovvero i prepensionamenti) oppure che stabiliscono il progressivo innalzamento dell'età pensionabile⁴¹. Ciò che è sicuramente inibito alla discrezionalità dei legislatori nazionali in punto di pensionamento è invece la previsione di limiti massimi d'età di permanenza al lavoro differenziati per uomini e donne: assolutamente consolidata risulta infatti la giurisprudenza che considera contrastante col divieto di discriminazioni in base al sesso nelle condizioni di lavoro la fissazione di un termine finale anticipato alle vite lavorative femminili in conseguenza della previsione, pur tuttora legittima, di un'età di accesso alla pensione di vecchiaia inferiore per le donne rispetto agli uomini⁴². Alla luce della pervasiva applicazione da lungo tempo assicurata dalla Corte di Giustizia al principio comunitario di parità tra lavoratori e lavoratrici, una così netta presa di posizione giurisprudenziale non può certo stupire. Le correzioni che finiscono per essere in questo modo imposte agli ordinamenti nazionali, per quanto significative, non generano d'altronde particolare confusione nei loro assetti pensionistici dato che il genere, diversamente dall'età, definisce ben precise categorie di soggetti da tutelare e non si presta alle molteplici possibili declinazioni che conosce invece l'identità anagrafica delle persone.

Benché l'eliminazione degli ostacoli che impediscono agli anziani di proseguire la propria carriera lavorativa dopo il raggiungimento della soglia pensionistica risulti senz'altro funzionale alla concretizzazione del progetto d'invecchiamento attivo (come già detto nel § 1.), nell'interpretazione giurisprudenziale del divieto europeo di discriminazioni per età le preferenze e aspirazioni individuali vengono posposte a interessi di ordine collettivo, oltre che a preoccupazioni

⁴⁰ V. *Dansk Jurist*, cit., punti 69-71, ove la Corte, riflettendo sulla proporzionalità della disciplina danese concernente l'indennità di disponibilità destinata ai dipendenti pubblici (v. *supra*, § 2.2.), osserva come non si possa «certamente ... esigere che una misura ... preveda un esame individuale di ciascun caso particolare per stabilire la soluzione che meglio risponde alle necessità del singolo dipendente pubblico, poiché la gestione di detto regime deve restare sostenibile da un punto di vista tecnico ed economico» (così al punto 70).

⁴¹ V. *Fuchs e Köhler*, cit. in nota 14, punti 92-98.

⁴² Sul diritto delle lavoratrici di restare al lavoro fino allo stesso limite d'età stabilito per gli uomini v. da ultimo, in linea col *leading case* in materia (CGUE 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*), CGUE 18 novembre 2010, causa C-356/09, *Kleist* e CGUE 12 settembre 2013, causa C-614/11, *Kuso*. Per una diversa applicazione del medesimo principio che impedisce penalizzazioni derivanti alle donne dalla minore età prevista per il loro possibile pensionamento v. inoltre CGUE 11 aprile 2013, causa C-401/11, *Soukupová*.

di rispetto degli assetti previdenziali nazionali⁴³. Nel bilanciamento effettuato dalla Corte tra il pregiudizio patito dalle “vittime” del pensionamento forzato e «i vantaggi che ne traggono la società nel suo complesso e gli individui che la compongono» sono infatti sistematicamente questi ultimi ad avere la meglio⁴⁴, senza del resto che un compatto fronte dottrinale si sia frattanto mobilitato per spingere nella direzione opposta.

Come qualcuno ha già osservato, non vanno infatti trascurati i seri rischi che l’eventuale bocciatura giurisprudenziale dei regimi di pensionamento obbligatorio e il loro conseguente superamento determinerebbero per la tenuta dei sistemi di protezione del lavoro conosciuti nel contesto europeo, ove alla predeterminazione legislativa delle età di uscita dal lavoro corrispondono tutele contro i licenziamenti intimati prima di tale momento e meccanismi di progressione salariale correlati all’anzianità di servizio che finirebbero verosimilmente per affievolirsi col tramonto del punto fermo rappresentato dalla cessazione del rapporto di lavoro a determinate soglie anagrafiche: un potenziamento dell’approccio antidiscriminatorio potrebbe dunque compromettere pericolosamente le garanzie di stabilità e di qualità dell’impiego oggi vigenti⁴⁵. Il confronto con l’ordinamento statunitense, caratterizzato da risalenti e pervasivi divieti di discriminazione per età, conferma del resto indirettamente queste preoccupazioni, smentendo l’assunto che la messa al bando dei pensionamenti obbligatori determini, nella sostanza, una più intensa protezione dei lavoratori anziani⁴⁶. In questo contesto, perciò, invocare inversioni di marcia della giurisprudenza europea può essere davvero un grave errore.

4. Il caso italiano fra innalzamento delle età pensionabili e misure per il «ricambio generazionale»

Nel nostro Paese, caratterizzato da un grado d’invecchiamento della popolazione particolarmente pronunciato, complice il basso tasso di natalità, e da una percentuale di lavoratori

⁴³ V. *Rosenblatt*, cit., punto 73 (da cui è tratta la citazione riportata nel seguito del testo), ma anche e più approfonditamente *Fuchs e Köhler*, cit., punti 62-65 (ove la Corte chiarisce come «nel definire la loro politica sociale sulla base di considerazioni di ordine politico, economico, sociale, demografico e/o di bilancio, le autorità nazionali interessate possono essere indotte a compiere la scelta di prolungare la durata della vita attiva dei lavoratori o, al contrario, di prevedere un pensionamento anticipato di questi ultimi», ribadendo che «spetta a tali autorità trovare un giusto equilibrio tra i differenti interessi in gioco») e *Hörmfeldt*, cit., punti 36-38.

⁴⁴ In tal senso v. già F. Hendrickx, *Age and European Employment Discrimination Law*, in Id. (ed.), *Active Ageing and Labour Law. Contributions in Honour of Roger Blanpain*, Intersentia, 2012, p. 21.

⁴⁵ Così A. Numhauser-Henning, *The EU ban on age-discrimination and older workers: potentials and pitfalls*, in *IJLLIR*, 2013, p. 409 ss., secondo cui «the weakening of employment protection and an anti-discrimination law approach can thus be expected to go hand in hand and to be mutually reinforcing» (qui a p. 411).

⁴⁶ Molto approfondita e interessante è l’analisi svolta nello studio comparato di A. Wiesbrock, *Mandatory retirement in the EU and in the US: the scope of protection against age discrimination in employment*, in *IJLLIR*, 2013, p. 305 ss., cui si rinvia.

d'età compresa tra i 50 e i 64 anni inferiore alla media europea e ben lontana da quella dell'area scandinava⁴⁷, la promozione dell'*active ageing* e il prolungamento della vita lavorativa rappresentano, tanto più nell'ottica di lungo periodo, percorsi necessari.

In linea con la tendenza evolutiva riscontrabile nelle nazioni del vecchio continente, in Italia non sono certo mancati interventi di progressiva elevazione dei requisiti anagrafici di accesso alle prestazioni previdenziali; negli anni recenti, d'altronde, si sono qui registrati anche vari tentativi di fornire una risposta legislativa, tramite specifici incentivi economici, alle difficoltà di reimpiego sperimentate dai lavoratori meno giovani⁴⁸. La natura ancora episodica e frammentaria delle misure capaci di sostenere e accompagnare l'attività lavorativa degli anziani⁴⁹, da un canto, e il persistente ricorso alle soluzioni di corto respiro rappresentate dai pensionamenti precoci, dall'altro, costituiscono però vistosi strappi nella scomposta trama disegnata dalle politiche interne per l'occupazione. È del resto indubbio che anche nel nostro Paese, come altrove, l'attuazione di efficaci strategie d'invecchiamento attivo non è stata agevolata dalla pesante crisi economico-finanziaria che ha colpito negli ultimi anni (pure) il continente europeo e dagli inquietanti tassi di disoccupazione, in particolare giovanile, che ne sono conseguiti⁵⁰, rendendo inevitabilmente centrale l'attenzione a quanti non riescono ad iniziare il percorso lavorativo, come testimonia il recente provvedimento italiano a favore del «ricambio generazionale» nelle pubbliche amministrazioni (del quale si dirà più avanti).

Volendo ad ogni modo focalizzare il discorso sulla specifica questione, sin qui affrontata, del passaggio involontario dei lavoratori al pensionamento, va ricordata la risalente regola (dettata oggi dall'art. 4, comma 2, della l. 108/1990, ma in precedenza già sancita dall'art. 11 della l. 604/1966) che consente il licenziamento senza obbligo di motivazione dei dipendenti che hanno maturato i requisiti, *in primis* di età, necessari per il godimento della pensione ed esaurito l'eventuale ulteriore periodo di prosecuzione dell'attività lavorativa rimesso dal legislatore alla discrezionalità degli interessati, come accade ad esempio con la facoltà riconosciuta alle donne di rinviare il proprio pensionamento sino al raggiungimento della più elevata soglia anagrafica stabilita per gli uomini. Con specifico riguardo all'impiego pubblico, va inoltre ricordato il regime di collocamento a riposo

⁴⁷ Tale percentuale risultava infatti nel 2010 pari al 12% in Italia, al 13% nell'Unione a 27 e al 17,5% nell'insieme dei paesi scandinavi: v. European Commission, *The 2012 Ageing report*, 2012.

⁴⁸ In merito v. da ultimo il Working Paper Adapt, 6 giugno 2014, n. 160, *Incentivi per gli over 50: mappatura degli interventi nazionali e regionali*.

⁴⁹ Sulle soluzioni costruite in sede di contrattazione collettiva v. M. Corti, *Active ageing e autonomia collettiva. "Non è un Paese per vecchi", ma dovrà diventarlo presto*, in *LD*, 2013, p. 383 ss. Senza seguito sono invece rimasti finora i disegni di legge presentati in Parlamento per consentire il passaggio del lavoratore a fine carriera ad un *part-time* incentivato, talvolta col possibile abbinamento dei pensionamenti parziali ad assunzioni di giovani: nell'attuale legislatura v. il d.d.l. n. 199/2013 presentato in Senato il 15 marzo 2013 (primo firmatario Pietro Ichino).

⁵⁰ Per questo rilievo, con riferimento all'Europa, v. A. Numhauser-Henning, *The EU ban on age-discrimination and older workers: potentials and pitfalls*, cit., p. 413.

d'ufficio operante per i dipendenti che raggiungono i limiti massimi di età stabiliti dagli ordinamenti dei settori di appartenenza (per lo più 65 anni, ma in alcuni casi età superiori oppure inferiori), fatta però salva la permanenza in servizio che viene loro assicurata ai fini della maturazione del diritto alla pensione, oppure discrezionalmente concessa in adesione alle richieste di trattenimento al lavoro da essi presentate.

Proprio sui dinieghi dei trattenimenti in servizio da parte delle pubbliche amministrazioni, destinati ormai a scomparire dopo la cancellazione dell'istituto effettuata nel corso dell'estate dal nostro legislatore (come si dirà più avanti), verte buona parte del contenzioso giurisprudenziale formatosi in Italia in tema di pensionamenti forzati nel comparto pubblico⁵¹. Nel settore privato una nutrita serie di controversie si è invece incentrata sulle clausole di origine collettiva contemplanti la risoluzione automatica del contratto di lavoro al raggiungimento di determinati requisiti pensionistici, non da ieri considerate giudizialmente nulle per contrarietà a norme imperative (ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.), dal momento che introducono ipotesi di estinzione del rapporto di lavoro ulteriori rispetto a quelle tassativamente stabilite dal legislatore⁵². Nell'ambito di questo composito panorama giurisprudenziale è rimasto quasi sempre intentato, e comunque privo di successo, il ricorso al divieto di discriminazioni per età introdotto nel nostro ordinamento, in attuazione del diritto comunitario, dal d.lgs. 216/2003⁵³.

Diversamente da ciò che è accaduto con riguardo all'adozione della prossimità al pensionamento quale criterio di scelta dei lavoratori da licenziare nell'ambito di processi di riduzione del personale⁵⁴, a quanto consta solo una vertenza è approdata sinora nelle nostre aule di giustizia per contestare (nello specifico con successo) il carattere discriminatorio che assumerebbe nei confronti degli anziani la già ricordata regola che esclude i lavoratori in età e in condizioni di pensionabilità dalla tutela della stabilità in termini reali od obbligatori (cioè ai sensi dell'art. 18 St. lav. oppure dell'art. 8 della l. 604/1966) del proprio posto di lavoro⁵⁵. Qualche esplicita presa di posizione in questo senso è già stata assunta in dottrina, anche richiamando a sostegno la sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso *Age Concern England*⁵⁶. La questione della supposta portata

⁵¹ V. ad esempio Cass. 7 ottobre 2013, n. 22790; Cass. 6 maggio 2014, n. 9639; Cons. giust. amm. Sicilia, 1° aprile 2014, nn. 176, 177 e 178.

⁵² V. da ultimo, ancora sul contratto collettivo delle Poste che ha avuto un ruolo da protagonista in questo filone giurisprudenziale, Cass. 24 aprile 2014, n. 9312.

⁵³ Per riferimenti a tale divieto v. le tre decisioni del Cons. giust. amm. Sicilia indicate nella nota 52.

⁵⁴ Sul non marginale orientamento della giurisprudenza di merito che ha cominciato a riconoscere la portata discriminatoria di tale criterio di scelta si rinvia a M.P. Monaco, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *DRI*, 2010, p. 888 s.

⁵⁵ V. Trib. Genova 4 ottobre 2012, in *RGL*, 2014, II, p. 343.

⁵⁶ V. O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 162 s. e A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Padova, Cedam, 2010, p. 159. Per gli estremi di *Age Concern England* si rimanda alla nota 14.

discriminatoria della regola dettata dall'art. 4, comma 2, della l. 108/1990 ha comunque perso gran parte del suo rilievo a seguito della modifica apportata in tema di recesso dal contratto con un lavoratore pensionabile, tramite una previsione formulata in modo grossolano e foriera di numerose incertezze, dall'art. 24, comma 4, della l. 214/2011, di conversione del d.l. «salva Italia» n. 201/2011.

Nell'ambito di una riforma che ha irrigidito bruscamente le condizioni (anagrafiche e contributive) di accesso ai trattamenti pensionistici e i criteri di determinazione della loro entità (mediante l'applicazione generalizzata *ex nunc* del metodo di calcolo contributivo), con conseguenze particolarmente pesanti per i lavoratori più deboli in termini salariali e di continuità occupazionale⁵⁷, l'elevazione delle età necessarie per la fruibilità della pensione di vecchiaia, assestate dal 1° gennaio 2012 sulla soglia minima dei 66 anni (valevole per i lavoratori del settore privato ma non anche per le lavoratrici, che arriveranno a tale soglia nel 2018 in virtù di un progressivo incremento dell'età base di 62 anni, mentre tale diversificazione non ricorre per i dipendenti pubblici), viene abbinata alla flessibilità nell'uscita dall'impiego conseguibile mediante il rinvio volontario del pensionamento sino al compimento dei 70 anni⁵⁸: traguardo anagrafico a cui il legislatore non nasconde del resto di puntare con uniformità nel lungo periodo, prevedendo un adeguamento periodico delle età pensionabili alla speranza di vita media che dovrebbe condurre a raggiungere tale soglia intorno al 2050. La scelta individuale di prolungamento della vita lavorativa è incoraggiata dall'art. 24, comma 4, della l. 214/2011, con l'applicazione di coefficienti di trasformazione del montante contributivo correlati alla più avanzata età di permanenza al lavoro (di 70 anni o oltre, dati «gli adeguamenti alla speranza di vita» anche qui previsti, anziché ai 65 anni indicati dalle precedenti tabelle, che di fatto penalizzavano il pensionamento ritardato), oltre che con l'estensione della tutela contro i licenziamenti illegittimi infelicitemente evocata tramite il richiamo al solo art. 18 della l. 300/1970.

Dell'equivoca formulazione adoperata per definire quest'incentivo normativo all'invecchiamento attivo, che non tiene evidentemente conto dell'articolazione dei regimi di protezione della stabilità del rapporto di lavoro e non fornisce le necessarie indicazioni di ordine procedurale⁵⁹, sono già state avanzate interpretazioni correttive, aderenti probabilmente

⁵⁷ Per osservazioni sul carattere socialmente poco equilibrato della riforma pensionistica del 2011 v. M. Cinelli, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico»*. Appunti sull'art. 24 della legge n. 214 del 2011, in *RIDL*, 2012, I, p. 411 ss. e V. Ferrante, *Dal governo «dei tecnici» a quello «delle larghe intese»: come cambia il sistema previdenziale*, in *RGL*, 2014, I, pp. 201-204.

⁵⁸ In senso critico rispetto alla supposta natura flessibile dei pensionamenti disegnati dalla l. 214 v. però R. Cavaterra, *Pensioni: i diritti negati*, in *RGL*, 2014, I, p. 399 s.

⁵⁹ Come prontamente evidenziato da P. Sandulli, *Il sistema pensionistico tra una riforma e l'altra. Prime riflessioni sulla legge. N. 214/2011*, in *RDSS*, 2012, pp. 19-21 e da M. Cinelli, *La riforma delle pensioni del «governo tecnico»*, cit., p. 395 s.

all'intenzione ma di certo non alla lettera della legge, che affermano ragionevolmente la conservazione, a seguito dell'opzione per il proseguimento della propria attività, del sistema di tutela reale, obbligatoria oppure convenzionale goduto dall'interessato prima del raggiungimento dei requisiti pensionistici⁶⁰.

Al di là della pur delicata questione dei rimedi applicabili al licenziamento attuato in simili circostanze, sono comunque molti i dubbi sollevati sin dall'inizio dall'art. 24, comma 4, della c.d. riforma Fornero e finiti inevitabilmente al centro di controversie giudiziali instaurate da pensionati recalcitranti, qualche volta lamentando anche, seppure invano, una discriminazione per età⁶¹.

Incertezze sono emerse infatti circa il riconoscimento di un diritto potestativo alla continuazione del rapporto contrattuale in capo al lavoratore pensionabile: incertezze da sciogliere in senso affermativo, pur tenendo «fermi ... i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza» (come richiesto espressamente dal legislatore), pena l'assoluta vacuità della garanzia normativa. Più volte proprio in connessione all'appena riportata e non chiarissima clausola di salvaguardia dei limiti massimi d'età, sono venuti inoltre in rilievo innumerevoli problemi di demarcazione del campo applicativo del meccanismo d'incentivazione della permanenza al lavoro degli anziani. Il più grave di essi, in particolare, è quello che ha riguardato il pubblico impiego, generando persino contrasti tra gli orientamenti di fonte governativa e la giurisprudenza amministrativa⁶², sino a quando l'art. 2, comma 5, del d.l. 101/2013 (convertito in l. 125/2013) ha spiegato che le età ordinamentali stabilite per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici (in genere di 65 anni, come già detto) non subiscono variazioni in forza della disciplina del 2011 e continuano a costituire limiti massimi di permanenza al lavoro, superabili soltanto per la necessità di consentire all'interessato la maturazione del diritto alla pensione o per il trattenimento in servizio accordato discrezionalmente dall'ente di appartenenza.

Su quest'ultimo istituto l'attuale governo ha però calato la scure con l'art. 1 del nuovo d.l. 90/2014, da poco convertito in l. 114/2014: per favorire il «ricambio generazionale nelle pubbliche amministrazioni», come recita la sua rubrica, tale articolo ha infatti sancito l'obbligo di collocamento a riposo del dipendente pubblico (anche dirigente) che ha conseguito l'età ordinamentale e i requisiti pensionistici, cancellando la possibilità di futuri trattenimenti in servizio

⁶⁰ V. R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2014, p. 388 e S. Piccininno, *Età pensionabile flessibile e cessazione del rapporto di lavoro nel sistema della riforma pensionistica del 2011*, in *ADL*, 2014, n. 1, p. 41 s.

⁶¹ Negano la ricorrenza di una discriminazione per età, in relazione al settore privato, Trib. Milano, 18 dicembre 2012, n. 12756 (ord.), in banca dati *DeJure* e Trib. Milano 13/17 giugno 2013, in *ADL*, 2014, II, p. 134; nell'ambito del pubblico impiego, invece, Trib. Milano, 9 gennaio 2014, n. 30, ancora in *DeJure*.

⁶² Ci si riferisce in particolare all'annullamento della circolare n. 2/2012 del Dipartimento della Funzione Pubblica ad opera della sentenza del TAR Lazio n. 2446/2013.

e limitando drasticamente la durata di quelli in corso all'entrata in vigore del provvedimento. Almeno nel settore pubblico, e anche in funzione di un auspicato miglioramento della sua efficienza, più che la promozione dell'invecchiamento attivo per il legislatore italiano conta quindi l'offerta di opportunità occupazionali ai giovani, che rischierebbero di restare esclusi dall'impiego a causa del desiderio di non abbandonarlo di chi lo detiene da molti anni.

Questa declinazione del concetto europeo di «solidarietà fra le generazioni» nei crudi termini di *turnover* tra anziani e giovani, non priva di riscontri nelle politiche seguite dai governi di numerosi Stati membri, come è emerso anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle discriminazioni per età, in particolare proprio con riguardo all'impiego pubblico, coesiste con l'opposta impostazione che, sempre in nome dell'«equità intergenerazionale» (secondo l'espressione adoperata nell'*incipit* dell'art. 24 del d.l. «salva Italia» del 2011), punta invece sul prolungamento della vita lavorativa, in primo luogo legislativamente imposto ma anche volontario, e quindi sulla carta della temporanea rinuncia al pensionamento da parte dei nonni in vista di un contenimento della spesa pubblica a beneficio dei loro nipoti. Quale che sia il corretto punto di equilibrio tra queste due diverse declinazioni, ad ogni modo c'è da prendere atto del fatto che la «solidarietà fra le generazioni», classicamente intesa nell'ambito della previdenza sociale come sostegno fornito agli anziani da parte dei giovani, viene oggi essenzialmente concepita, al contrario, come sacrificio degli anziani a favore dei giovani: il che può forse dirci qualcosa sul ciclo economico recessivo che stiamo ormai da tempo attraversando e sullo squilibrio anagrafico nella distribuzione del potere all'interno delle nostre società.